

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EX ART. 262-5 DE LA LSA. NATURALEZA Y CARGA DE LA PRUEBA. (COMENTARIO A LA STS DE 3/4/1998)

JULIO PICATOSTE BOBILLO

Maxistrado

I. En la Sentencia de 3 de abril de 1998 el Tribunal Supremo resuelve por vez primera un supuesto de responsabilidad de administradores de sociedad anónima basada en el artículo 262.5 de la LSA, es decir, por no promover la disolución de la sociedad cuando concurría causa para ello como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social¹.

Hasta ahora, la omisión de los administradores en relación con la promoción de la disolución de la sociedad, su pasividad ante la situación de iliquidez de la sociedad, servía de base para afirmar una negligencia grave que, unido ello al nexo causal entre tal inactividad y el daño, permitía afirmar la responsabilidad exigible al amparo de la acción individual de responsabilidad.

Así ocurría, por ejemplo, en la STS 6-11-1997; se trataba de una sociedad que instala a otra unos equipos informáticos; la compradora deja de pagar las letras; se renegocian los efectos, también impagados; la sociedad no atiende al pago por la circunstancia de ser desconocido su domicilio social. Los administradores condenados alegan que el hecho de que por dificultades de financiación la sociedad cesara en su actividad, no supone la disolución de facto de la misma, porque el régimen de inactividad está permitido por Hacienda, incluso

¹ En la STS 15-7-1997 (Arz-5069) se planteaba recurso con base en la inaplicación del art. 262-5 LSA, pero se excluía su aplicación -así lo había hecho el tribunal *a quo*- en razón a la irretroactividad de la norma, ya que los hechos en que la pretensión se basaba, eran anteriores a la entrada en vigor del actual texto refundido.

El precepto en cuestión ha sido también tomado en consideración por el TS, pero en otro ámbito jurisdiccional - social- que aquí, obviamente, no nos interesa. Vid. STS 21-7-1998 (Sala 4ª) y las SS que allí se citan.

existiendo baja del antiguo impuesto industrial-licencia fiscal y también está permitido por el Registro Mercantil. Los administradores no estaban obligados a disolver la sociedad sino cuando se dieran los supuestos establecidos en la ley. Frente a tales alegaciones dice el TS:

”Aún cuando sea cierto que la situación de “inactividad” de una sociedad estuviese permitido desde el punto de vista fiscal y por el Registro Mercantil, así como que los casos de disolución de la sociedad anónima son los que vienen establecidos en art. 150 LJCA, no es menos que la consecuencia a que llegó la Sala “a quo”, en coincidencia con el Juzgador de instancia, “disolución de facto” del ente societario, ha de estimarse lógica y racional al tener un apoyo evidente en los hechos acreditados, y en este orden de cosas *la expresada disolución fáctica* -por los propios efectos que comporta-, merezca o no la calificación de ilegal, *revela, sin género de duda alguna, una violación o quebrantamiento de las elementales obligaciones por parte de los administradores*, como se apuntó acertadamente en la sentencia recurrida. Si a todo ello se une el impago de las cantidades que son objeto de reclamación, forzoso es reconocer que los administradores incumplieron las obligaciones inherentes a su cargo de manera grave, incumplimiento que, desde luego, originó un daño estimable cuantitativamente a la sociedad vendedora del equipo, y esto así, permite concluir que la sentencia recurrida no infringió arts. 79 y 81 Ley de Sociedades Anónimas, ni, tampoco, la doctrina jurisprudencial reseñada en los dos motivos examinados, lo que origina la claudicación de los mismos”.

En la misma línea la STS 26-12-1991; en esta ocasión el acreedor había cedido a la Sociedad (era una SRL) una porción indivisa de solar; la situación de crisis de la sociedad la lleva a quedarse sin ahorros, sin actividad y sin patrimonio alguno; el acreedor, por su parte, ve su contraprestación insatisfecha; el TS valora como grave negligencia la inactividad de los administradores que no promueven la adopción de las medidas correspondientes ordinarias o extraordinarias para atender a la disolución ante la grave crisis de la sociedad; en tal sentido dice:

“porque *negligencia grave es mostrarse dicho administrador inactivo ante las dificultades económicas producidas en el ente social administrado*, posibilitando con ello que se atendiesen unos créditos en su totalidad dejando de hacerlo ni en todo ni en parte con otros en el supuesto ahora contemplado en relación al crédito del tan repetido demandante D. Benito, ahora recurrente, y dado que con ese comportamiento se produce la situación de realidad de daño, conducta negligente generadora de culpa grave, que, según se deduce de sentencias de esta Sala, entre otras, 21-5-85 y 13-10-86, dan vida a la indicada responsabilidad sancionada por los indicados pfos.segundo y tercero del art. 13 precitada Ley de 17-7-53...”.

Pero, puesto que estamos ante un supuesto de responsabilidad por culpa, la jurisprudencia venía exigiendo también el pleno acreditamiento de la concurrencia del *nexo de causalidad* entre ese proceder negligente de los administradores, es decir, entre esa inactividad

a la hora de promover una ordenada disolución y liquidación social, y el daño en el acreedor social. Así en la STS 4-11-1991 se advierte que “parece claro que los administradores no pueden limitarse a eliminar a la sociedad de la vida comercial o industrial sin más. Han de liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente, que están precisamente orientadas a salvaguardar los intereses de los terceros en el patrimonio social, sin que ello signifique, por supuesto, que no puedan intentar el arreglo extrajudicial con sus acreedores antes de llegar a ese trance, siempre largo y costoso para todos los afectados. En el caso de autos, está probado que los administradores recurridos siguieron esa vía pero lo cierto es que, ante su fracaso, no prosiguieron con las legales para la liquidación del patrimonio. De ahí se deriva una negligencia grave, encuadrable en el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (...) Pero todo ello no es suficiente para que la acción de “Textil S., S.A.”, prospere, porque es ineludible que haya una relación de causalidad entre el daño producido (impago de los géneros suministrados) y el incumplimiento de aquellos deberes. La recurrente no ha demostrado en el pleito que la sociedad recurrida tenía patrimonio suficiente para hacer surgir en los acreedores sociales expectativas siquiera de cobro si se liquidaba ordenadamente (las pruebas periciales obrantes en autos hace más que dudosa esa posibilidad), sino que se ha limitado a solapar esta ausencia de prueba con las alusiones reiteradas al incumplimiento de deberes legales de los administradores, por lo que falta un requisito esencial para que puedan ser obligados al resarcimiento del daño que se les imputa. Tampoco ha probado que se ha ocultado o dispuesto injustificadamente de él, hipótesis de clara responsabilidad subsumible en el art. 81.” En el mismo sentido se expresaba la STS 22-4-1994.

También la STS 10-12-1996 explicaba que “para que proceda la exigencia de responsabilidad a los administradores, conforme a los arts. 79 a 81 LSA de 1951 (que es la aplicable a este supuesto litigioso, según determinó la sentencia recurrida y aquí no se ha cuestionado) se requiere inexcusablemente que entre los actos de los administradores y el daño sufrido por los socios o terceros exista una clara y directa relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, que los actos que se dicen realizados con malicia, abuso de facultades o negligencia grave por los administradores sean los que han lesionado directamente los intereses de socios o de terceros. (...) El art. 81 LSA de 1951 exige lesión directa (los denominados “daños primarios”) a los terceros por actos de los administradores, lo que no se ha producido en el presente caso, pues el hecho (que -excluido el primero que acaba de ser referido- es el único en que la sentencia recurrida hace consistir la conducta negligente de los administradores) de que éstos no promovieran temporáneamente la declaración de la codemandada entidad “Mercantil R., S.A.” en estado de suspensión de pagos o de quiebra, no ha sido, en modo alguno, la determinante directa de que la entidad actora no pudiera cobrar el precio de las mercaderías vendidas, sino que ello fue debido exclusivamente al estado de insolvencia en que, con declaración de quiebra o sin ella, se hallaba la deudora codemandada entidad “Mercantil R., S.A.”, lo que impedía el pago de sus deudas a sus numerosos acreedores, aparte de que en Junta Extraordinaria y Universal, promovida, obviamente, por dichos administradores y celebrada el día 18 diciembre 1989, la referida sociedad acordó su entrada en período de liquidación, lo que habría permitido, no sólo a la actora, sino a

todos los acreedores, cobrar sus créditos en función de la situación económica en que se encontrara dicha sociedad y con sujeción a la ley del dividendo concursal. Por todo lo expuesto, el referido motivo 2º, como ya se tiene dicho, ha de ser estimado, lo que hace innecesario el examen de los dos restantes”.

II. Las cosas han cambiado con el nuevo y demoledor² artículo 262.5 de la LSA. Cuando concurra alguna de las causas contempladas en los números 3º,4º,5º, o 7º del art. 260 LSA los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; si el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado, los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. De no convocar junta o de no promover la disolución judicial en los referidos plazos, la ley les hace responsables solidarios de las deudas sociales. En consecuencia, ya no es preciso, como venía haciendo hasta ahora la jurisprudencia comentada, tomar esa omisión de los administradores, la inhibición ante la situación de insuficiencia patrimonial como referencia para afirmar una conducta negligente que fundamente el ejercicio de la acción individual de responsabilidad. La indebida inhibición de los administradores tiene ahora una específica previsión y, en su virtud, virtualidad propia para asentar una específica hipótesis de responsabilidad por deudas de la sociedad.

La consecuencia que el precepto establece para el caso de incumplimiento de esos específicos deberes sociales es, a no dudarlo, de una extrema severidad. Algo fundamental está siendo trastocado, dice SUÁREZ-LLANOS³; quiebra un principio jurídico tan fundamental como el recogido en el art.1 de la LSA, según el cual únicamente la sociedad y no los socios responden de las deudas sociales.

La doctrina es prácticamente unánime al advertir que no estamos ante una responsabilidad por daños, sino ante una responsabilidad-sanción. Las consecuencias de una u otra concepción son radicalmente distintas, fundamentalmente en lo que se refiere a la exigencia de nexo de causalidad.

Las notas de la responsabilidad que regula el artículo 262.5, son las siguientes:

a) No es, como ya se dijo, una responsabilidad por daños. Se trata de una responsabilidad *ex lege*, impuesta a modo de pena civil, que se traduce en un sistema especial de garantía del

² Vid. las críticas que en torno a este precepto y a la enormidad de la sanción hace ANTONIO VIANA CONDE, en *La disolución por pérdidas de las sociedades de capital. Problemas que plantea*, Revista Xurídica Galega, núm. 10, 1995, págs. 14 a 30.

³LUIS SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *La responsabilidad por deudas de los administradores de Sociedad Anónima*, en “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez”, Madrid, 1996, pág.2486.

cumplimiento de las obligaciones sociales. El propósito de la ley no es el de establecer un sistema de reparación de un daño, sino el establecimiento de un sistema especial y extraordinario de garantía en el cumplimiento de las obligaciones sociales en beneficio de los acreedores. Como dice QUIJANO, el mecanismo del 262.5 está para imputar obligaciones no para indemnizar daños⁴.

b) Consecuencia de lo anterior es que no es necesaria la prueba del daño ni la existencia de una conexión causal entre el incumplimiento de la obligación de los administradores y un daño patrimonial. Basta con comprobar que los administradores dejaron de convocar la junta general o de promover, en su caso, la disolución judicial.

c) Las deudas siguen siendo deudas de la sociedad; los administradores no sustituyen a la sociedad en la deuda; se adiciona o yuxtapone a la responsabilidad de la sociedad, la de los administradores, que vienen así a convertirse en garantes directos (no fiadores) de aquélla, en régimen de solidaridad (de los administradores entre sí y con la sociedad).

d) La responsabilidad de los administradores, de que trata el art. 262.5 de la LSA, es de carácter autónomo; no es una responsabilidad subsidiaria para el caso de insuficiencia o insolvencia de la sociedad (la insolvencia aquí no es presupuesto de la responsabilidad); se trata de corresponsabilizar a los administradores por el incumplimiento de específicos deberes sociales.

e) Es un sistema de responsabilidad acumulable a la regulada en los arts. 134 y 135 de la LSA⁵.

No obstante esta postura generalizada en la doctrina, prácticamente sin fisuras, en lo que se refiere a las notas apuntadas sobre la naturaleza de esta responsabilidad (las discrepancias se producen en torno a otros extremos) las sentencias de las Audiencias Provinciales

⁴ JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad* (art.262.5, TRSLA. RCL 1989, 2737) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de julio de 1995, Revista de Derecho de sociedades, Aranzadi, 1995, núm.5, pág.247.

⁵ Sobre la caracterización y notas de esta responsabilidad, en el sentido que se deja expuesto en el texto, puede verse ALFREDO AVILA DE LA TORRE, *La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial*, Revista General de Derecho, 636, sept.1997. pgs.10394-10398. GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución*, Revista de Derecho de Sociedades, Aranzadi, 1995, núm.5, págs. 68-76. EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, *La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución*, Aranzadi Civil, 1997, III, págs.53- 68. R. URÍA, A. MENÉNDEZ, A. BELTRÁN, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XI, pág.70. JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ en *Responsabilidad de los administradores...* citado en la nota anterior, págs.273-279. LUIS SUÁREZ LLANOS GÓMEZ, *Responsabilidad de los administradores de SA por deudas de la sociedad y por daños originados a los acreedores*, Revista Xurídica Galega, núm.5. 1993, págs. 240-241.

se han alineado fundamentalmente en dos tesis contrapuestas. Aquellas que entienden estamos ante una responsabilidad por daños, y las que conciben la responsabilidad *ex art.* 262.5 LSA, en consonancia con la doctrina, como una responsabilidad-sanción.

La opción por una u otra tesis lleva a consecuencias radicalmente diversas; si entendemos que estamos ante una responsabilidad por daños será precisa no solo su prueba, sino también la del nexo de causalidad entre la conducta de los administradores y el resultado lesivo; tal es lo que hace, por ejemplo, al sentencia de la AP de Córdoba de 5-5-1994 que subordina la prosperabilidad de la acción ejercitada con arreglo al artículo 262-5 LSA a la cumplida prueba de la existencia de relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado y ello porque, dice la citada resolución, el supuesto del art. 262 LSA no es más que la adaptación en este ámbito de la teoría general de la responsabilidad civil derivada del daño.

La sentencia de 1-12-1992 de la AP de Oviedo no acepta el automatismo en la aplicación del régimen de la responsabilidad del art. 262. Aun cuando se estimara que se trata de una responsabilidad objetiva o "ex lege", constituyendo un plus de agravamiento respecto al régimen general de los arts. 133 y 135, sería necesaria la prueba de una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado; y razona que si aun en en los casos donde la responsabilidad objetiva es más evidente, como ocurre con lo dispuesto en el art. 40 LRJAE, se excluye la responsabilidad cuando hay ruptura del nexo causal entre el daño y el funcionamiento anormal de los servicios públicos. La sentencia se mueve, obviamente, en el ámbito conceptual de la responsabilidad por daños.

También la sentencia de la AP de A Coruña de 9-5-1995, aunque resuelve una cuestión de aplicación de la nueva ley en el tiempo, *obiter dicta* dice que en el caso hipotético de que se estimase aplicable la nueva ley, no se cumpliría la exigencia del requisito del nexo de causalidad. Añade esta sentencia que una configuración totalmente objetiva de dicha responsabilidad, como derivada del mero incumplimiento de convocar la Junta dentro del plazo previsto legalmente, podría conducir a situaciones claramente injustas y contrarias a la finalidad del precepto impidiendo, incluso, en casos de leve incumplimiento (como una convocatoria fuera de plazo) cualquier posible moderación de la responsabilidad al amparo de las normas generales, precisamente por razón de aquella objetividad (arts. 1104 del CC en relación con los arts. 127 y 133 de la vigente LSA).

En la misma línea las sentencias de Zaragoza 4-12-1993 y 3-3-1992, Madrid 18-5-1993 y 24-6-1993, Valladolid 26-9-1995, Málaga 31-3-1995, Cáceres 30-1-1996, Valencia 25-3-1996.

De signo opuesto son las sentencias de las Audiencias de Zaragoza de 23-11-1991 y 8-7-1995, Huesca 4-3-1995, Salamanca 31-10-1995, Valencia 9-7-1996, Pontevedra 19-4-1993, 15-2-1993, 17-9-1996 y 27-1-1998.

III. Como decíamos más arriba, la STS de 3-4-1998 aborda por vez primera con una acción de responsabilidad *ex art.* 262.5. La sentencia es breve, de declaraciones escuetas; prácticamente se ocupa tan solo de dos cuestiones de entre las muy variadas que han venido preocupando a los comentaristas. En el fundamento de derecho segundo dice la STS de 3-4-1998 que

“para que exista una responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad anónima según los antedichos preceptos (se refiere a los arts. 262.5 en relación con el 260.4 de la LSA) es preciso que se den dos requisitos: a) que por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y b) que dichos administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, cuando se dé la circunstancia del apartado anterior”.

Este conciso pronunciamiento permite entender que el TS acoge la ya comentada tesis mayoritaria y concibe la responsabilidad *ex art.* 262.5 como una responsabilidad sanción, pues ninguna exigencia hay en orden a la existencia o comprobación de un nexo de causalidad entre la omisión del deber de los administradores y la existencia de daño alguno en los acreedores. Se responde tan solo por el hecho de no convocar la Junta para que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad. En efecto, simplemente se alude a dos requisitos que actúan como presupuestos de la responsabilidad: concurrencia de la causa de disolución e inactividad de los administradores, y que ante tal estado de cosas no proceden a convocar la Junta que previene el art. 262-2 de la LSA.

En el fundamento jurídico primero de la sentencia se aborda otra cuestión de interés; se trata de la carga de la prueba sobre la concurrencia de la causa de disolución. Después de recordar el texto del artículo 1.214 del CC, según el cual, incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sostiene la citada STS que

“con arreglo a todo lo anterior es la parte, ahora recurrida y, antes actora, la que tiene el deber de demostrar todos y cada uno de los datos que exige el art. 262.5 en relación con el art. 260.4 del RD-Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas, en cuanto los mismos son elementos afirmativos para su pretensión. Ello no significa, ni con mucho, adentrarse en una situación de <<prueba diabólica>>, sobre todo cuando la Ley permite unas constataciones registrales que están y pueden estar al alcance de terceros, y sobre todo de los acreedores sociales”.

También en este punto sintoniza el TS con la doctrina mayoritaria. Así ESTEBAN VELASCO entiende que la prueba de la causa de disolución “en principio incumbe al demandante, así como la del transcurso del plazo de los dos meses”⁶. De igual parecer es

⁶ loc. cit. pág. 69

BELTRÁN SÁNCHEZ para quien la prueba del momento de la concurrencia de la causa de disolución, que determina el *dies a quo* para el cómputo del plazo de dos meses, corresponde al acreedor social demandante⁷. En igual sentido URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN⁸. Para SUÁREZ-LLANOS es una cuestión de hecho que el actor tendrá que probar y que va a provocar la necesidad de que el juez tenga que pronunciarse no solo sobre el momento de aparición de la causa de disolución, sino sobre la propia consistencia de la causa de disolución que se está alegando, como si la pretensión deducida fuera la de solicitar la disolución⁹.

Tal debe ser, en efecto, la regla general; sin embargo, creo que no debe descartarse alguna excepción a este principio de distribución de carga probatoria, de modo que quepa una suerte de inversión del *onus probandi*. Así debe ocurrir en determinados casos que la práctica muestra como no infrecuentes. Por ejemplo, cuando se constata una situación de naufragio social manifestado por la absoluta paralización de toda actividad social, mantenida durante largo tiempo y no reanudada, unida a una actitud abstinentes y pasiva de los administradores de abandonado asentimiento a tal estado de cosas, reveladora de una actitud de deserción de los gestores y de desvalimiento social que hacen presumir muy razonable y vehementemente que todo ello obedece a una situación de grave y definitiva iliquidez y esterilidad de la sociedad. En estos casos, ante signos de tal evidencia, puede entenderse no exigible a la parte actora la demostración de la concurrencia de una causa de disolución cuyos signos aparecen evidentes; en tales hipótesis no parece irrazonable entender que habrán de ser los administradores (que en definitiva tienen mayor disponibilidad de prueba) quienes han de acreditar que la situación económica y patrimonial no era de iliquidez, que no era precisa ni necesaria la disolución de la sociedad, y por tanto, que si no la promovieron fue, no por puro y deliberado abandonismo, sino porque no concurría causa para ello.

La sentencia que comentamos solo ha tenido oportunidad de tratar estas dos cuestiones a que hemos hecho referencia: la carga de la prueba y el carácter de la responsabilidad, aunque esta segunda sin mayores explicaciones y sin que parezca que ello hubiera sido cuestión debatida en el pleito. Otras muchas cuestiones enjundiosas suscitan la aplicación del art. 262.5 de la LSA: obligaciones sociales a las que se extiende la responsabilidad, cuál es el plazo de prescripción, determinación del *dies a quo* del plazo prescriptivo, la forma en que la solidaridad se produce, etc. Esperemos que el TS tenga oportunidad de ir ocupándose de estas cuestiones que provocan discrepantes opiniones tanto en la doctrina como en las resoluciones de los tribunales.

⁷ loc. cit. pág. 60

⁸ ob.cit., pág.67

⁹ *La responsabilidad por deudas...*cit. pág.2504.